ORLANDO GOMES
Catedrático de Direito Civil e de Instituições de Direito Social nas Faculdades de Direito e de Ciências Econômicas da Universidade Federal da Bahia

ELSON GOTTSCHALK
Professor Adjunto na Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, Juiz togado do 5º Tribunal Regional do Trabalho, sediado em Salvador

Curso de Direito do Trabalho

VOL. I

7.ª edição

FORENSE
Rio de Janeiro
1978

1.ª edição — 1963
2.ª edição — 1964
3.ª edição — 1968
4.ª edição — 1971
5.ª edição — 1972
6.ª edição — 1975
7.ª edição — 1978

COMPANHIA EDITORA FORENSE
Avenida Erasmo Braga, 299 - 1.º e 2.º andares - Rio de Janeiro - RJ
Largo de São Francisco, 20 - loja - São Paulo - SP

Impresso no Brasil
Printed in Brazil

SUMÁRIO

VOLUME I

VOLUME II

ciais desse Direito, intitulavam o seu instituto central de contrato de trabalho (*Arbeitsvertrag*) e a disciplina respectiva de Direito do Trabalho (*Arbeitsrecht*). Posteriormente, ganhou mundo, conquistando os aplausos da maioria dos autores.

A principal objeção que se pode argüir contra essa denominação é a de que não compreende as medidas de proteção do trabalhador, como por exemplo, as atinentes à previdência social, com as quais é beneficiado fora do trabalho. Argúi-se, ainda, que este Direito não regula todo trabalho humano, mas apenas o trabalho subordinado. Seria, por isso, incompleta. Deve-se reconhecer, não obstante, que todas as instituições compreendidas hoje na órbita dessa disciplina gravitam em torno do trabalho e decorrem do atual sistema de organização jurídica do trabalho social. Por outro lado, a dúvida que poderia suscitar o termo *trabalho* na sua acepção ampla, compreensiva do trabalho autônomo, fica desfeita com a qualificação de sua natureza, isto é, o trabalho humano *subordinado*. Somente este é objeto desta nova disciplina jurídica.

Assim, a expressão mais apropriada é essa. O objeto é a regulamentação do trabalho subordinado, esteja o trabalhador na empresa ou fora dela; logo, o nome deve ser Direito do Trabalho. Este reconhecimento, hoje, não é apenas doutrinário, mas, também, legal. Com efeito, a lei n.º 2.724, de 9 de fevereiro de 1956, determinou, expressamente, que a denominação dessa disciplina passasse a ser Direito do Trabalho, porquanto adota esta denominação para incluir a cadeira no currículo universitário. [12]

[12] Com a fixação do Currículo Mínimo das Faculdades de Direito pelo Conselho Federal de Educação, a Faculdade de Direito da UFBA distribuiu a disciplina do seguinte modo: DT — I; DT — II; DT — III. Correspondendo as três matérias, respectivamente, ao Direito Individual do Trabalho; ao Direito Coletivo do Trabalho e Processo do Trabalho e à Previdência Social, com as cargas horárias de 75 horas para as duas primeiras e 45 para a última.

CAPÍTULO 2.º

QUESTÕES PROPEDÊUTICAS

7. Autonomia

A autonomia de uma disciplina jurídica é noção muito relativa, pois não há como se perder de vista a idéia da unidade fundamental do Direito.

ALFREDO ROCCO, autor sempre citado em se tratando do assunto, já observou, de referência ao Direito Comercial, que a *autonomia* de uma ciência não deve ser confundida com a sua *independência*, ou melhor, com o seu *isolamento*. A maioria dos autores insiste na *relatividade* do critério e, dentre eles, PERGOLESI, o qual, retomando a opinião de Rocco, afirma que a autonomia não significa *independência*, mas coordenação sistemática de normas em relação a um instituto central ou chave, circunstância que implica amplas coordenações com outras disciplinas. Desde logo, deve-se salientar que não é a existência de um Código à parte, ou a sua falta, o que soluciona, em sentido afirmativo ou negativo, a questão da *autonomia*.

ARCANGELI forneceu à doutrina valiosos subsídios para a caracterização da *relativa autonomia* de uma ciência jurídica. Para ele o que dá o caráter de *autonomia* é a existência de princípios gerais *comuns* a toda a matéria e *próprios* ou especiais da mesma, que servem, assim, para lhe conferir

uma unidade própria e diferenciá-la das outras matérias. De acordo com esses subsídios, o Direito do Trabalho pode, sem dificuldades, reivindicar-se uma *relativa autonomia*. Não aquela autonomia exagerada que alguns exegetas procuram afiançar ao nosso Direito, entusiasmados pela *novidade* de seu aparecimento no mundo jurídico, e pela presença de certos traços revolucionários — não há negar — que lhe imprimem uma fisionomia particular no conjunto do Direito. Tais peculiaridades, embora ostensivamente existentes, não o desvinculam, contudo, do Direito em geral, como se fora criado por geração espontânea num mundo social onde não houvesse nenhuma regulamentação de relações humanas preexistentes.

Onde há sociedade, há direito — *ubi societas, ibi jus* — e as diversas formas do Direito vão se diferenciando à medida que o meio social, pela sua maior complexidade de relações, vai também se diferenciando nas funções específicas dos grupos sociais, que o compõem. Formam-se, assim, sistemas particulares de disciplinas jurídicas que se coordenam e se subordinam ao Sistema Geral do Direito, que é uma das expressões da Ordem Política e Social em que assentam as civilizações.

Em acatada obra MANOEL ALONSO OLEA corrobora o que dissemos acima, acentuando que "as causas últimas da diferenciação em zonas do ordenamento jurídico são metajurídicas ou, quando tal não seja, causas não puramente jurídicas. O que existe, no fundo, são processos sociais de diferenciação e individualização, que vão criando categorias especiais de sujeitos, de objetos e de relações".[1]

Estuda-se o particularismo do Direito do Trabalho sob três aspectos diferentes, consoantes à doutrina, à legislação e à didática da nova disciplina.

Do ponto de vista doutrinário, afirma-se a *autonomia científica* do Direito do Trabalho pela verificação da existência de certos *princípios comuns* estranhos ao direito civil ou comercial. E mesmo quando esses *princípios* sejam comuns ao direito privado tradicional, somente no Direito do Trabalho, encontram sua mais ampla e orgânica aplicação. Dentre esses princípios comuns ou peculiares ao Direito do Trabalho, temos que destacar, em primeiro lugar, o seu caráter geral protecionista do econômico e juridicamente fraco, que engendra, por parte do Estado, por meios *imediatos* ou *mediatos*, uma tutela especial, intervencionista, em relação a determinados sujeitos de direito.

[1] *Introdução ao Direito do Trabalho*, Edição Sulina, 1969, pág. 14.

No campo do Direito Individual do Trabalho essa tutela estatal é *imediata*, e, determinando um intervencionismo direto na esfera contratual, impõe aos sujeitos da relação um contingente de normas de ordem pública e imperativas, inderrogáveis pela vontade privada dos mesmos. Por via desse *dirigismo* contratual é que foram modificadas várias das regras concebidas tradicionalmente pelo Direito como inamovíveis. Tal ocorre, por exemplo, com as regras sobre capacidade das partes, sobre a teoria das nulidades, sobre a compensação, sobre o crédito salarial etc.

Do ponto de vista do Direito Coletivo do Trabalho, acentuam-se as peculiaridades da nova disciplina, pois aí se encontram alguns dos institutos próprios, típicos, inassimiláveis por outras disciplinas jurídicas, tais como o associacionismo profissional, a convenção coletiva do trabalho, os conflitos coletivos e sua regulamentação. No caso especial da convenção coletiva e da sentença normativa, institutos típicos do Direito Coletivo do Trabalho, verifica-se o abandono do consagrado princípio de direito obrigacional, que restringe os efeitos do contrato ou da sentença às partes, pela regra da *relatividade* dos seus efeitos, que quanto a terceiros é *nec prodest nec nocet*. Ao passo que esses dois institutos engendram em nossa disciplina efeitos *erga omnes*, vínculos obrigatórios para quem não é parte na relação, *vis à vis* de terceiros, porque estabelecem — como observou CARNELUTTI — em forma do contrato ou da sentença um *comando geral* ou abstrato.

Não menos expressiva da peculiaridade do novo Direito é a quebra dos princípios consubstanciados nas regras *pacta sunt servanda* e *res judicata,* relativos aos contratos e às sentenças, respectivamente. Com efeito, no particular, com o instituto da revisão da sentença e da convenção opera-se, em face de notáveis modificações das condições de vida (*stato di fatto*), uma alteração convencional ou judicial das cláusulas desses regulamentos coletivos, que, para alguns autores encontra sua fundamentação jurídica na conhecida cláusula *rebus sic stantibus.*

No campo do Direito Coletivo do Trabalho, portanto, a tutela da lei tem caráter *mediato,* beneficiando o trabalhador por intermediação de órgãos ou de instituições que funcionam como instrumentos apropriados à espécie de proteção que o Estado quer dispensar.

No que diz respeito à Legislação, a autonomia da nova disciplina manifesta-se através de amplo repositório de leis, regulamentos e normas coletivas esparsas e fragmentários, mas convergentes num sentido unívoco que se objetiva na regulamentação do trabalho humano dependente. A este propósito, não se torna indispensável a existência de um Código, ou mesmo de uma Consolidação — que já a possuímos — para se concretizar a relativa autonomia do Direito do Trabalho. Desde que se possa sistematizar o acervo disperso de lei e regulamentos num todo homogêneo, com um denominador comum que é a regulamentação do *trabalho dependente* em todos os seus aspectos, sobressai a unidade intrínseca da legislação, que afiança a sua autonomia.

Assim, apresenta-se, hoje, o nosso Direito, com um vasto acervo legislativo compreendendo a Consolidação das Leis do Trabalho, uma série de leis desgarradas desta recopilação, as leis sobre previdência social, sobre acidentes do trabalho e multiformes regulamentos originários da fonte normativa profissional ou judiciária.

O terceiro ângulo do qual se costuma estudar o particularismo de uma determinada disciplina é a chamada autonomia didática. Não é, todavia, decisiva, pois, nos currículos universitários, muitas vezes são incluídos cursos de especialização, que não constituem, evidentemente, autênticas disciplinas jurídicas autônomas. Como critério complementar, contudo, apresenta a sua importância, pois ajuda a compreender melhor a autonomia científica de uma dada disciplina.

Segundo este critério, uma disciplina é autônoma se pode ser incluída como disciplina curricular, nos programas oficiais dos cursos jurídicos das Faculdades. Sob este aspecto, não há dúvida alguma que, entre nós, o Direito do Trabalho apresenta a sua autonomia didática. É lecionada, com esta designação e com esse objeto, nas Faculdades de Direito e em outras, e se trata de denominação oficializada pela lei n.º 2.724, de 9 de fevereiro de 1956.

8. Taxinomia

Por taxinomia, entende-se a localização de uma dada disciplina jurídica no conjunto do Direito.

É problema dos mais complexos o do enquadramento de determinada disciplina jurídica em um dos tradicionais campos em que se divide o Direito. As controvérsias a este respeito começam mesmo desde a validade da divisão. Muitos autores negam a validade intrínseca da velha dicotomia, que separa o Direito em direito público e privado. Malgrado as críticas dos autores contemporâneos subsiste, ainda, a divisão clássica do Direito em público e privado, segundo a fórmula de ULPIANO: *"publicum jus est quod ad statum rei Romanae spectat; privatum, quod ad singulorum utilitatem pertinet".* Para o jurisconsulto romano, o direito público tem por sujeito o Estado e por objeto o interesse público; ao passo que o direito privado tem por sujeito o indivíduo e por objeto o interesse particular.

Inútil se torna a busca de um elemento diferenciador dos dois campos do Direito, porque afinal se acabaria perdendo no emaranhado de uma avalanche de teorias (HOLLIGER conseguiu catalogar 104) explicativas da distinção entre direito

público e privado. Ressalte-se, porém, a importância histórica e prática da velha dicotomia. RIEZLER, professor da Universidade de Munich, salientando essa importância, observou: *"qui bene distinguit bene docet"*. É ele de opinião que a distinção se impõe no direito moderno, não só por motivos didáticos ou teóricos, mas, principalmente, por uma razão de ordem prática.

No Direito do Trabalho, a velha parêmia *"jus publicum privatorum pactis mutari non potest"*, aplica-se, apenas, na alteração *in pejus* das cláusulas contratuais; nada impedindo que as normas de ordem pública sejam alteradas, mediante pactos privados, para melhorar a situação do trabalhador, a chamada alteração *in melius*.

Sustentam alguns tratadistas que o Direito do Trabalho deve integrar o campo do Direito Público, porque este é o seu caráter predominante. Já outros — como BONNECASE, AMIAUD — vêem a predominância das normas de direito privado. RADBRUCH, reconhecendo a impossibilidade de enquadrar a nova disciplina em um dos dois campos tradicionais do Direito, advoga a criação de uma terceira categoria na velha morfologia do Direito — um *tertium genus* — porque se trata "de um novo campo jurídico que não pode ser atribuído nem ao direito público nem ao privado". Outros autores vêem-no como um direito unitário, pouco importando que dele, a um tempo, participem normas de direito público e de direito privado. Argumentam que não se podem analisar, isoladamente, esta ou aquela norma, este ou aquele instituto, o que importaria na fragmentação da própria homogeneidade do novo direito especial.[2]

A verdade é que, historicamente, o direito do trabalho se apresentava como um simples capítulo do Direito Privado. As relações individuais de trabalho eram, entre nós, no começo deste século, submetidas às regras da locação de serviços, e,

2 EVARISTO DE MORAES FILHO, *A Natureza Jurídica do Direito do Trabalho*, págs. 147 e segs.

a partir de 1916, reguladas pelo Código Civil; e, para um setor mais limitado, a partir de 1850, pelo Código Comercial. Paulatinamente, porém, o Direito do Trabalho foi se enriquecendo. O Estado interveio no domínio contratual por meio de uma regulamentação imperativa; posteriormente, organizou as relações coletivas e estabeleceu o direito da previdência social. Se se admite que a delimitação dos dois campos do Direito está na natureza do *interesse protegido*, o direito público sendo aquele em que predomina o interesse público e o direito privado o em que prevalece o interesse privado, concluir-se-ia, sem maiores obstáculos, que o Direito do Trabalho se apresenta, no seu conjunto, largamente penetrado do direito público. Entretanto, tal não pode ser o critério decisivo.

O interesse público pode manifestar-se por meio de normas de ordem pública em outras relações entre indivíduos, que não as relações de trabalho. Nas relações matrimoniais são encontradas abundantes normas de ordem pública, dada a natureza do interesse em jogo, nem por isso o Direito de Família é considerado Direito Público. Por outro lado, os sujeitos das relações de trabalho, empregado e empregador, são simples pessoas privadas. É certo, porém, que a evolução do Direito do Trabalho tende a conceder ao direito público uma penetração cada vez maior. O Estado, cada dia mais intensamente, intervém nos contratos de trabalho por meio dos tribunais, que organiza; a inspetoria do trabalho; os serviços de assistência e previdência do trabalho, a contratação de servidores públicos, pelo regime da C.L.T. etc.

Por outro lado, tende a transformar os grupos profissionais em organismos semi-oficiais. Os sindicatos, segundo concepção aceita por escritores mais novos, constituem órgãos semipúblicos. A sociedade profissional organiza-se à margem da sociedade política, e lhe copia a estrutura. Assim, partes importantes do Direito do Trabalho são dominadas pelo direito público. Em outras, domina o direito privado, embora largamente permeado de normas de ordem pública, interrogáveis pelos pactos privados.

Vale ponderar, a esta altura, que *a unidade* deste direito resulta, não do caráter das regras que o constituem, e que pertencem umas ao direito público, outras ao direito privado, mas do objeto dessas regras que concorrem todas à organização do trabalho humano dependente. [3]

9. Codificação

A codificação — define-a E. GLASSON — é o fato de reunir, em um repositório chamado Código, um conjunto de leis que se reportam a um ramo importante da legislação, ou mesmo, por vezes, abarcando o conjunto do Direito. A codificação tem por objeto dar às leis uma forma precisa, e agrupá-las de maneira a tornar a sua procura mais fácil.

Referindo-se a esta definição, FRANÇOIS GENY fez a observação de que o fim das codificações modernas não é mais simplesmente a conversão, muitas vezes operada anteriormente, de um direito não escrito em direito escrito, mas antes o ajustamento sistemático tendente a ordenar o direito escrito, segundo um plano de conjunto. Esta sistematização tem em vista desembaraçar o direito escrito, mas disperso, de obscuridades, de incertezas, de inconsistências; de reduzir as suas dimensões, de lhe popularizar o estudo e de lhe facilitar a aplicação. A codificação purga do direito escrito, mas fragmentado e esparso, os detalhes ociosos e as repetições inúteis. [4]

Vitoriosa, hoje, a idéia da codificação, resta saber se ao Direito do Trabalho é chegado o momento oportuno de ser condensado num Código.

Os autores que são contrários à codificação do Direito do Trabalho sustentam que ele possui um dinamismo contrastante com as exigências de estabilidade e sedimentação que há de reunir a norma codificável. Anota BOTIJA algumas

[3] P. DURAND, *Traité du Droit du Travail*, t. I, págs. 254-255.

[4] *Méthode d'Interprétation*, t. I, pág. 109.

inconveniências, dentre elas a mobilidade do direito novo, acarretando dificuldades técnicas, já sentidas em outros ramos do direito, como o direito civil. Existiria, para o autor, o fundado receio de que ao se recolher as normas trabalhistas de maneira ordenada e harmônica, se cometessem esquecimentos e omissões. Em suma, tem-se aludido aos perigos de uma cristalização do direito, pela perda de dutilidade das normas, assim como o espírito de reforma constante para amoldar-se às incessantes mudanças das relações de produção.

Rebatendo esses e outros argumentos, sustenta-se que um Código não imobiliza o direito que condensa, porque não é possível paralisar o desenvolvimento de um fenômeno social, cuja essência é evoluir. Por isso, se há vantagens na codificação, não se deve combatê-la, ainda que possam as circunstâncias colocar o Direito do Trabalho, no particular, em uma posição especial. São conhecidas as vantagens de toda codificação. A clareza que dela decorre, porque harmoniza e sistematiza, adquire, no caso da legislação do trabalho, uma importância excepcional. Exteriorizando-se, em quase todos os países "em forma de leis soltas, independentes", dificilmente pode ser conhecida, além de se tornar obscura e caótica. Ora, não se justifica de nenhum modo essa obscuridade em uma legislação que se destina a pessoas incultas, na sua grande maioria.

Entre nós, não temos em vigor um Código propriamente dito, mas sim uma Consolidação, que é a reunião por justaposição em um só texto das diversas leis dispersas existentes no país, até à data (1943). É certo que o decreto-lei, que a aprova, o faz "com as alterações por ela introduzidas na legislação vigente". Não seria, assim, uma pura e simples recopilação da legislação existente. Algo mais foi feito, com a introdução de novas disposições. Todavia, não houve, por parte do consolidador, a preocupação de reunir os textos esparsos em um só corpo sistemático, através de uma rigorosa unidade científica. Não se fez um Código. Atualmente, entretanto, se intenta fazê-lo. De fato, existem no Congresso Na-

cional várias proposições legislativas neste sentido. Algumas de vários anos, mas, até a data, nada foi votado. [5]

Em França, existe um Código de Trabalho e da Previdência Social desde 1910. Na Alemanha, já em 1859, fora aprovado um Regulamento Industrial (*Gewerbeordnung*), que muitos autores contestam a natureza de um Código. Em outros países, como a Rússia (1922), a Espanha (1926), o Chile e o México (1931), a Venezuela (1936), o Equador (1938), a Bolívia (1939 e 1942), Costa Rica (1943), a Colômbia e Nicarágua (1945), Guatemala e Panamá (1948) o Direito do Trabalho já foi codificado. Põe-se em dúvida, porém, nesses países, a utilidade dessas incompletas codificações.

10. Relações com outros ramos do Direito

A relativa autonomia anteriormente assinalada não impede que o Direito do Trabalho, por vezes, se apresente no quadro geral do Direito em posição de *subordinação*, outras, em posição de *coordenação* com as demais disciplinas jurídicas.

No campo do direito público, ele se subordina à Constituição. Observa MIRKINE GUERTZEVITCH que as novas constituições foram redigidas numa época em que partido algum pode ignorar a Questão Social. No século XX, o sentido social do direito não é mais uma escola jurídica, é a própria vida. Assistimos à transformação não somente da teoria geral do Estado, mas também da doutrina dos direitos individuais. O Estado não deve limitar-se a reconhecer a independência jurídica do indivíduo, deve criar um *minimum* de condições sociais necessárias à independência do mesmo. A evolução, neste sentido, começou no primeiro quartel do século com as

[5] Há algum tempo foi elaborado um projeto de Código de Trabalho entregue à responsabilidade do Prof. EVARISTO DE MORAES FILHO, por delegação governamental. Ultimamente, tem-se dado maior ênfase à elaboração de um Código Processual do Trabalho, confiado ao Ministro MOZART VICTOR RUSSOMANO. Mas o que existe de mais atual é a reformulação da CLT, para modernizá-la, sob a orientação de uma Comissão presidida pelo ex-Ministro ARNALDO SUSSEKIND.

Constituições do México e a de Weimar. Entretanto, já no século passado, em plena era das constituições do tipo demo-liberais, aponta-se em alguns cantões suíços e na própria Constituição Federal (1874), a incorporação em seu texto de normas sobre trabalho de menores nas fábricas; sobre horário para adultos; regras relativas ao trabalho insalubre e perigoso etc.

O exemplo da Constituição de Weimar (1919) forçou, em todo mundo, as resistências dos demo-liberais, e, quase todas as constituições subseqüentes, vêm incluindo em seus textos os denominados "direitos sociais", num capítulo especial. O preâmbulo da Constituição francesa de 1946 refere-se aos *"principes sociaux particulièrement nécessaires à notre temps"*, fundamentais à liberdade sindical.

As constituições brasileiras a partir de 1934 vêm seguindo esta invariável orientação. A Constituição ora em vigor, no seu Título III, da Ordem Econômica e Social, incorpora esses "direitos sociais constitucionais" como uma espécie de "programas mínimos de reivindicações sociais", embora alguns destes não tenham extrapolado o domínio meramente programático. [6]

Com o Direito Administrativo, está vinculado o novo direito pela razão que explica a sua origem e o seu caráter de disciplina especialmente paciente da ação intervencionista estatal. Basta verificar-se quantos órgãos públicos nos setores da Organização Judiciária do Trabalho, do Ministério do Trabalho e dos Órgãos da Previdência Social se imiscuem, direta ou indiretamente, nesta disciplina, para certifica-se de quanto são estreitas as suas relações. Algumas precisas noções absorvidas pelo Direito do Trabalho, tais como o princípio de hierarquia, a estabilidade funcional e readmissão ou reintegração do empregado, o conceito de férias anuais remuneradas foram hauridas no Direito Administrativo.

[6] P. LAVINGNE, *Le travail dans la Constitution Française*, 1789-1945, cujo autor empregou, pela primeira vez, as expressões acima aspeadas; FLORIANO C. VAZ DA SILVA, *Direito Constitucional do Trabalho*, Edições LTr, S.P., 1977.

O Direito Penal fornece algumas importantes noções no que diz respeito ao Poder ou Direito Disciplinar das Empresas, que, hoje se procura jurisformizar (BRETHE DA LA GRESSAYE) nas instituições privadas, pela adoção de certos princípios do Direito Penal, tais como a proporcionalidade da pena e a regra *"nulla poena, nullum crimen sine lege"*; a regra do *"non bis in idem"*; a da individualização da pena. Alguns Códigos Penais modernos, como o nosso, abrem um capítulo novo na criminologia para inserir nele os chamados "Crimes contra a Organização do Trabalho".

O Direito Processual, tanto o civil quanto o penal, contribui com importantes contingentes de normas para o direito processual do trabalho. Nos casos omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo em que for incompatível com as suas próprias normas. As noções da oralidade do processo, pedra de toque da ciência processual moderna, encontram ampla aplicação no direito processual do trabalho, dado o seu caráter altamente inquisitório, que, conforme JAEGER, o aproxima mais do processo criminal ou penal. Alguns princípios sobre a contumácia ou revelia, a contagem de prazos, a citação inicial no que há de fundamental para a sua validade, a teoria dos recursos são apenas uns poucos institutos da ciência do processo, que informam basilarmente o direito processual do trabalho.

O Direito Público Internacional é uma fonte importante do Direito do Trabalho. Muitos dos seus institutos de adoção tranqüila hoje no País foram recolhidos dos tratados ou convenções internacionais. A solução ao problema da vigência desses tratados ou convenções é dada pela nossa Constituição (art. 44, I), que atribui ao Congresso Nacional a competência para resolver definitivamente sobre esses tratados celebrados com os Estados estrangeiros pelo presidente da República. Inúmeros têm sido os convênios internacionais ratificados pelo nosso país concernente à regulamentação do trabalho, podendo citar-se, dentre outros, os relativos à jornada máxima de trabalho, ao trabalho de menores e mulheres, aos acidentes e moléstias profissionais.

Saindo do campo do direito público para o do privado, verifica-se que as correlações são também estreitas.

Com o Direito Civil está a nova disciplina vinculada, desde o berço, pela razão óbvia de que foi, através de uma longa evolução, a *locatio operarum* romana que deu origem histórica ao moderno contrato de trabalho. Os Códigos civis que seguiram a orientação do Código de Napoleão assimilaram a noção romanística da *locatio* com o instituto da locação de serviços. O nosso Código Civil, de 1916, abriu um capítulo sobre a locação de serviços, tratando-a segundo as regras tradicionais. Foi no Direito Civil, malgrado às modificações introduzidas no conceito da locação de serviço, que o novo direito se abeberou para haurir as noções fundamentais da teoria geral das obrigações, as regras sobre a capacidade das pessoas, as nulidades, os vícios do consentimento; a vigência da lei no tempo e no espaço, a interpretação e aplicação da lei, e tantas outras.

O Direito Comercial tem estreito parentesco com a nova disciplina pela nota de formação extra-estatal, livre, costumeira. Regulando as relações próprias da atividade profissional dos comerciantes, o Direito Comercial mais se apropínqua ao Direito do Trabalho pela possibilidade de uma "estandartização dos contratos e das obrigações, como sucede nos seguros de transportes". O Direito Comercial trabalha com a noção fundamental da empresa, que é o *quadro* onde se desenvolvem as duas disciplinas; fornece as regras sobre a conceituação de certas categorias profissionais como a dos comissários mercantis; representantes comerciais etc., indivíduos esses que podem ser empregados ou comerciantes, segundo as circunstâncias.

O Direito Internacional Privado contribui com as regras sobre a extraterritorialidade das leis, nas quais o Direito do Trabalho busca o fundamento da *territorialidade* de suas disposições, pela adoção do critério da *lex fori* (BALLADORE PALLIERI).

Com a Medicina Legal, relaciona-se no que diz respeito às enfermidades profissionais, aos acidentes do trabalho, aos serviços insalubres e perigosos, à previdência social.

11. Pressupostos do Direito do Trabalho

O aparecimento do Direito do Trabalho resultou de dois pressupostos fundamentais salientados, com justa razão, por GONZALEZ-ROTHVOSS:

a) a liberdade de trabalho, e

b) a limitação da liberdade de contratar.

De fato, nos regimes de escravidão e de servidão, a subordinação do homem ao homem apresentava um aspecto de tal forma depressivo da personalidade, que não há como pensar-se em *relação de trabalho* nos termos em que hoje se concebe. A supressão da autonomia do indivíduo na antigüidade e no período medieval foi particularmente estudada por VINCENZO CASSI. O *status subiectionis* manifestava-se através de formas como a escravidão e situações assimiláveis; a posição do filho *in mancipio;* o *nexus;* o *redemptus ab hostibus;* o *auctoratus* e o *colonus.* As condições de trabalho, em tais sistemas de produção, eram soberanamente ditadas pelo senhor ou pelo *pater familias.* O escravo, de qualquer espécie, não trabalhava porque a isso se tivesse obrigado contratualmente; trabalhava porque era propriedade de viva de quem o comprara. Era *objeto, res,* e não sujeito de direito.

Foi somente quando caíram as algemas da escravidão, que a relação de trabalho se dignificou, começando a surgir com base num livre acordo de vontades. Sem liberdade individual não era possível, com efeito, surgir e evolver o Direito do Trabalho.

O outro pressuposto é a limitação da liberdade de contratar. Conquistada pelo indivíduo a liberdade de trabalho, seguiu-se a fase histórica em que o *individualismo* alcançou seu máximo esplendor, após a Renascença, a Reforma e o Iluminismo do século XVIII.

A filosofia dos enciclopedistas franceses, a de HUME, a de LOCKE e a de KANT, exaltava o *indivíduo* no círculo social, fazendo dele a única realidade e preparando as bases filosóficas para a estruturação do Estado Liberal. Individualista, o Estado recusava-se a limitar a liberdade de trabalho, que era uma conquista dos povos cultos; mas, pela mesma razão, não restringiu a liberdade de contratar, compreendida como tal a ampla faculdade de que gozavam as partes no contrato de trabalho para livremente estabelecer as suas condições. Não intervinha o Estado individualista e liberal para verificar, por exemplo, se uma das partes, prevalecendo-se de suas forças econômica e social, oprimia a outra, causando-lhe grave lesão.

Somente mais tarde, quando o Estado Liberal verificou o descalabro a que o arrastara a inflexibilidade de seus princípios filosóficos, recuou de sua atitude abstencionista, e começou a intervir nas relações de produção. Fê-lo por meio de sérias restrições à autonomia privada.

Sem esse segundo pressuposto, cujas características já foram examinadas no Capítulo 1.º, não teria, pelo menos sob uma forma pacífica, nascido e evoluído o Direito do Trabalho.

12. Caráter imperativo

O Direito do Trabalho fornece o mais eloqüente exemplo das transformações por que tem passado o Direito das Obrigações.

Outrora descansava no princípio da autonomia da vontade. Os contratantes modelavam a seu gosto seus direitos e obrigações. O Estado não intervinha senão para assegurar o respeito às convenções. Hoje, a concepção dominante é completamente diferente. A autonomia da vontade é considerada a expressão de um individualismo superado; tem-se assistido a uma reação, quiçá desmedida, aos princípios tradicionais.

Não só no contrato de trabalho intervém intensamente o Estado Moderno, mas, igualmente, em muitos outros. É fora de dúvida, porém, que o contrato individual de trabalho foi o mais atingido por essa política. Os poderes públicos e as associações profissionais impõem às partes regras que elas não têm a faculdade de afastar. O Direito do Trabalho é dominado, amplamente, pelas normas ditas de ordem pública, conforme ao seu espírito (BRUN e GALLAND).

Seu caráter imperativo é dirigido, em princípio, para a exclusiva proteção do trabalhador, do empregado. Resulta desse postulado, no plano civil, que a clássica sanção da *nulidade* atinge, em geral, somente os acordos que diminuem ou reduzem as vantagens reconhecidas aos empregados. Em face deste corolário, ao contrário, torna-se perfeitamente lícito aos interessados prever condições *mais favoráveis* aos empregados, nos contratos individuais de trabalho. O período de férias pode ser elastecido; o prazo do aviso prévio a cargo do empregador pode ser ampliado e a jornada de trabalho pode ser reduzida sem prejuízo do salário, *por exemplo*. Por outro lado, a norma de *ordem pública* constrange, normalmente, num sentido único: dirige o seu comando apenas em direção do empregador e em proveito do empregado.

Finalmente, o caráter imperativo traduz-se por sanções penais a todas as infrações às leis protetoras do trabalho, independentemente da responsabilidade do dano civil ou trabalhista. As penas se concretizam em multas impostas pela inspeção do trabalho, e, às vezes, em prisão, como acontece com os crimes contra a organização do trabalho.

13. Expansionismo do Direito do Trabalho

A evolução do Direito do Trabalho processou-se por graus e etapas.

A lei de sociologia que consiste em aplicar, por meio de um gradualismo experimental, as regras de conduta humana, foi a seguida pelos legisladores, em todos os países, consciente ou inconscientemente. O Direito do Trabalho expandiu-se, no tempo e no espaço, seguindo a linha de duas direções:

a) tutelando determinados sujeitos ou beneficiários, e

b) tutelando certas profissões.

De fato, no começo o Direito do Trabalho era constituído de umas poucas regras concernentes ao trabalho da *mulher* e do *menor*. Eram eles os únicos beneficiários, então, de uma legislação protetora do trabalho dependente. O Estado Liberal, não intervencionista por princípio, entendeu que quanto ao sexo e à idade, podia interferir em nome de um tradicional "Poder de Polícia", que não violava, ostensivamente, os princípios filosóficos em que se inspirava. Era uma proteção relativa ao trabalho nas indústrias nascentes nos primórdios da Revolução Industrial, com o objetivo determinado, quanto aos sujeitos, e delimitado, quanto ao *objeto*, isto é, o amparo legal do emprego das chamadas "meias forças" na indústria, isto é, o trabalho da mulher e do menor.

Foi este o primeiro grau de um intervencionismo estatal, que, hoje, assume formas faraônicas nas estruturas altamente intervencionistas dos Estados totalitários das chamadas democracias populares.

Posteriormente, o Estado Liberal, perdendo, paulatinamente, a cerimônia dos invioláveis princípios, estendeu a sua proteção, em determinadas matérias, também aos trabalhadores ou operários da indústria, sem distinção de sexo ou *idade*. As primeiras leis que surgiram para os operários *adultos* da indústria regulavam a duração do trabalho, a jornada. Prosseguindo na sua faina regulamentar, o Estado foi graduando o seu intervencionismo por etapas sucessivas, através de períodos históricos em que se gizaram as fases de evolução deste Direito. Penetrou, assim, no âmbito de outras profissões, que não a compreendida na vasta categoria dos trabalhadores da indústria. Leis protetoras, com efeito, surgiram para regular o trabalho dos comerciários, dos trabalhadores a domicílio, dos trabalhadores rurais, dos marítimos,

dos atletas, dos profissionais liberais e, em muitos países, dos trabalhadores domésticos.

O Estado, a esta altura, cônscio dos bons resultados do método empregado, isto é, o gradualismo experimental em matéria de regulamentação do trabalho dependente, intensificou o seu intervencionismo já agora discriminando categorias profissionais dentro nas amplas categorias dos que trabalham na indústria e no comércio. Em muitos países, a legislação faz uma nítida distinção entre trabalhador na indústria e no comércio. Especificando, cada vez mais, o seu intervencionismo, chega o Estado à regulamentação de subcategorias profissionais, como quando regula as particularidades do trabalho dependente em certos setores da indústria ou do comércio, no caso dos bancários, dos representantes comerciais, agentes de seguros; metalúrgicos, construção civil, sociólogos, psicólogos etc.

Por outro lado, o *expansionismo* do Direito do Trabalho manifesta-se através de *tendência* de alargamento de suas fronteiras, quanto às *pessoas* que deve reger. Esta *tendência* contemporânea se explica essencialmente pelo fato de ser o Direito do Trabalho uma legislação de proteção aos economicamente débeis. Assim, tende a aplicar-se a pessoas que não concluíram um contrato de trabalho em sentido estrito, como ocorre, entre nós, com os pequenos empreiteiros; a pessoas que não concluíram nem mesmo um contrato de trabalho, como acontece no caso dos aprendizes e na imposição de mão-de-obra, e, em certos casos, aos *trabalhadores independentes,* tais como os a domicílio; os avulsos; os trabalhadores temporários; os parceiros rurais; os agentes de seguro; os representantes de comércio, conforme a legislação de alguns países.

O expansionismo do Direito do Trabalho é uma *realidade viva* na legislação, desde que esta se não queira afastar da outra *realidade dinâmica,* que está na infra-estrutura da vida econômica e social (RIVERO e SAVATIER).

14. Interpretação do Direito do Trabalho

À doutrina e à jurisprudência, *aquela* em caráter desprovido de autoridade, mas que pelas suas construções e suas críticas exerce uma grande influência, e a última com autoridade oficial cabem completar, pela interpretação, o sistema do direito escrito.

Integrado, por muito tempo, no corpo do direito civil, o Direito do Trabalho era interpretado segundo os mesmos métodos, e continua a sê-lo, ainda hoje, em alguns países que não estabeleceram uma *jurisdição especial* para a sua aplicação, apesar de seu evidente *particularismo,* ressaltado por muitos autores. A adoção dos princípios do direito comum só se justifica se permite consagrar soluções julgadas *socalmente necessárias.* Mas, como advertem DURAND e JAUSSEAUD, esta aplicação não repousa na subordinação do Direito do Trabalho ao direito comum; ela se legitima pela autoridade da razão e não pela razão da autoridade.

Um dos métodos de interpretação que, entretanto, não pode ser aceito é o da teoria do *direito livre* (*Frei Recht*), que MOSSA tentou recuperar para o nosso Direito, no qual via um domínio particularmente propício para a aplicação da velha idéia da escola alemã do direito livre. O juiz deveria traduzir, com toda imparcialidade, o sentimento de justiça sentido pelo meio social.

O nosso direito positivo não se omitiu, no particular, apresentando uma escala de métodos de interpretação, que deve orientar a atividade do intérprete nos casos de falta de disposições legais ou contratuais. Assim, são apontados ao juiz, nos casos de lacuna da lei, a *jurisprudência, a analogia, a eqüidade, os princípios gerais do direito, os usos e os costumes e o direito comparado.*

O particularismo do Direito do Trabalho conduz o intérprete a deixar ao direito comum, apenas, um lugar secundário, ou, como se expressa a Consolidação, será ele uma *fonte subsidiária* do direito do trabalho, naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais deste.

Exemplo dessa subsidiariedade é o *aditamento da reclamação* no processo do trabalho. O novo Código de Processo Civil não o permite, expressamente, mas a doutrina e a jurisprudência do trabalho tendem a considerar o aditamento da reclamação, em audiência, regra perfeitamente compatível com os princípios que inspiram o processo trabalhista. [7]

Dominando todos os métodos acima referidos, há o princípio geral, que dia a dia mais se solidifica, concretizado na regra de que, em caso de dúvida sobre o alcance de uma lei do trabalho, se deve adotar uma interpretação mais favorável aos trabalhadores. De modo geral, os autores reputam justa essa regra. Fundamentam-na em que o legislador, tendo manifestado, de maneira clara, sua decisão de intervir no interesse dos trabalhadores, o intérprete deve dar efeito a esta vontade (DURAND, BARASSI). Não raro os tribunais têm levado esse princípio ao extremo de aplicá-lo em matéria de fato, optando sempre, nos casos de dúvida, por uma decisão do dissídio em favor do trabalhador, sob o fundamento do *"in dubio pro misero"*, em matéria de prova judicial.

A *jurisprudência* figura na escala acima, não como fonte de direito, mas sim como recurso ou método de interpretação. Grande é, entretanto, a sua influência nos pretórios trabalhistas. Autores há, como M. DE LA CUEVA, que não hesitam em arrolar a jurisprudência, quando revestida de determinadas condições, como fonte formal do Direito do Trabalho. Entre nós existem os Prejulgados do TST e as Súmulas com relativa força imperativa. O mesmo ocorre com as Súmulas do S.T.F.

A *analogia* permite determinar o alcance de um texto ou preenche as eventuais lacunas da lei. Observa GENY que se deve a ZITELMANN o mérito científico de estabelecer de maneira definitiva o caráter das lacunas no direito (*Lücken im Recht*), tornando necessária a intervenção de um poder distinto, para completar e adaptar às exigências da vida social a ordem jurídica positiva. Pode ocorrer, com efeito, que a lei, tendo previsto tais ou quais hipóteses, para a elas vincular tais ou quais soluções de direito, uma nova hipótese se apresente, que não entre categoricamente no quadro legalmente fixado. É o caso de nossa antiga lei sobre férias. Tendo o texto previsto categoricamente as hipóteses de ausências do empregado, no período aquisitivo, não permitindo o desconto, não incluía, porém, as licenças ou afastamento da empregada gestante. Trata-se, no caso, de uma hipótese de suspensão do contrato de trabalho *análoga* à causa motivada pela enfermidade ou pelo acidente do trabalho, que a lei prevê; caberia, assim, a aplicação da *analogia*, como o faz, geralmente, a jurisprudência trabalhista.

[7] Veja "O Aditamento no Processo Trabalhista", estudo do juiz JOSÉ AUGUSTO RODRIGUES PINTO, no VI Encontro de Juízes do Trabalho da 5.ª Região (1974), Ltr., 39/255 e páginas seguintes, março de 1975.

A *eqüidade* é outro critério de interpretação de larga aceitação no Direito do Trabalho. O seu campo preferencial de aplicação é nos dissídios coletivos, os quais são julgados, sobretudo os de natureza econômica, mais "com critérios de eqüidade e oportunidade econômica", como adverte SANTORO PASSARELLI. Por outro lado, em se tratando de um direito nitidamente protecionista, em que o destinatário da proteção é sempre o empregado, ampla margem para a eqüidade apresentam, também, os dissídios individuais de trabalho, onde a norma legal é aplicada aos casos concretos. Aí, o *summum jus summa injuria* se manifesta em toda a sua histórica expressividade como simulacro de Justiça.

Os *princípios gerais de direito* dominam toda interpretação de um direito. Uma lei francesa de 1936 enumera esses princípios, para o Direito do Trabalho, destacando, notadamente, o direito de propriedade, o direito sindical, a liberdade individual, a liberdade de trabalho e a liberdade sindical. Tais princípios gerais informam todo o Direito do Trabalho, e é a sua luz que as outras disposições legais devem ser interpretadas.

Os *usos e costumes* ocupam um importante lugar na interpretação dos contratos individuais de trabalho. Todos os autores salientam a importância dos usos de empresa como elemento suficiente e decisivo na interpretação das condições do contrato de trabalho (M. DE LA CUEVA). Em França, certas modalidades de uso, em matéria de aviso prévio, adquirem o caráter de ordem pública, inderrogáveis pelos pactos privados (DURAND). Entre nós, certas práticas usuais da empresa, como seja o uso constante de dar gratificação ao empregado, podem ser interpretadas como cláusula inserida no contrato.

Os problemas criados pelas relações de trabalho subordinado apresentam-se, aproximadamente, os mesmos em todos os países. Deve-se advertir, porém, que, no particular, não é tão importante a letra da lei estrangeira, quando o sistema jurídico edificado no país. A busca do *direito comparado* deve empreender a árdua tarefa de pesquisar nas construções doutrinárias alienígenas as que se assimilam ao nosso próprio sistema jurídico. Deve-se, portanto, evitar o artificialismo e a inadequação.

A *doutrina,* embora não expressamente mencionada em nossa lei, ocupa um posto de relevo na interpretação do direito. Como ocorre com a jurisprudência, existindo certa uniformidade na doutrina, pode-se falar, como ensina GENY, em *autoridade.* Se, além da uniformidade, conta em seu favor com um longo passado, constitui, na opinião do mesmo autor, uma *tradição.* Nesta base, a doutrina encerra valioso recurso técnico de interpretação. Seu caráter abstrato, isto é, seu aspecto desinteressado, visto que não se forma para casos concretos, mas como uma especulação científica, com relação aos casos passados ou aos futuros, confere-lhe grande autoridade.

Aplica-se, ainda ao Direito do Trabalho, na interpretação de certos contratos, a velha regra do *favor debitoris* recuperada pelo direito contemporâneo, como se encontra no atual Código Civil italiano. "As cláusulas inseridas nas con-

dições gerais do contrato ou em modelos ou formulários predispostos por um dos contraentes interpretam-se, em caso de dúvida, em favor do outro". Boa margem de aplicação encontra a regra acima em certos contratos predispostos pelo empregador. São os chamados *contratos-tipo* de larga aplicação na prática comercial e trabalhista. Correspondem ao *Richtlinienvertrag* da doutrina de HUECK e JACOBI, contrato-modelo; embora o *contrato-tipo,* propriamente dito, assuma uma forma mais imperativamente unilateral pela predisposição das cláusulas num formulário pelo empregador, que é, em seguida, simplesmente assinado pelo empregado. [8]

---

[8] Sobre o assunto, cons. RICCA, *Sui cosidetti rapporti di fatti;* GARCIA AMICO, *Las condiciones generales del contrato;* ORLANDO GOMES, *O contrato de adesão,* São Paulo, 1971.